

Vergaderjaar 2021–2022

35 971

Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met uitbreiding van de tijdelijke regels om de inzet van coronatoegangsbewijzen te verbreden naar personen die arbeid verrichten en bezoekers (Tijdelijke wet verbreding inzet coronatoegangsbewijzen)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 18 november 2021 en het nader rapport d.d. 22 november 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 16 november 2021, no. 2021002263, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 november 2021, no. W13.21.0342/III, bied ik U, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, hierbij aan.

Hieronder ga ik, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in op de door de Afdeling gemaakte opmerkingen (die cursief zijn weergegeven).

Bij Kabinetsmissive van 16 november 2021, no. 2021002263, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met uitbreiding van de tijdelijke regels over de inzet van coronatoegangsbewijzen ten aanzien van personen die beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

heden verrichten en bezoekers (Tijdelijke wet uitbreiding coronatoegangsbewijzen), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een aanpassing van de Wet publieke gezondheid (Wpg). De voorgestelde aanpassing maakt het mogelijk dat het coronatoegangsbewijs (hierna: ctb) in sommige gevallen ook op de werkvloer en bij het bezoeken van bepaalde locaties kan worden ingezet als dat noodzakelijk is met het oog op de vermindering van de overdracht van het coronavirus. Daartoe wordt in de Wpg een grondslag gecreëerd, op basis waarvan nadere uitwerking in een ministeriële regeling kan plaatsvinden.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de noodzaak om de besmettingscijfers terug te dringen, in het bijzonder met het oog op de belastbaarheid van de zorg. Het wetsvoorstel kan daaraan een bijdrage leveren. Dat neemt niet weg dat de Afdeling opmerkingen maakt over de opzet van het voorgestelde artikel 58ra, negende en tiende lid, Wpg, gelet op de ingewikkeldheid daarvan en de mogelijk conflictopwekkende werking die daarvan kan uitgaan.

De Afdeling maakt daarnaast opmerkingen over de geboden differentiatie-mogelijkheden, de personele reikwijdte van het voorgestelde artikel 58ra, achtste lid, Wpg, het toepassen van het ctb voor bezoekers in de zorg en het verhelderen van de verplichting als voorgesteld in artikel 58ra, achtste lid, Wpg in de wettekst. In verband daarmee dient het voorstel nader te worden overwogen.

1. Inhoud van het wetsvoorstel

De Tijdelijke wet coronatoegangsbewijzen (hierna: Twc) is op 1 juni 2021 in werking getreden als onderdeel van het tijdelijke hoofdstuk Va van de Wpg. De wet maakt het mogelijk dat nadere regels worden gesteld over coronatoegangsbewijzen bij deelname aan activiteiten of voorzieningen op het terrein van cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca en sport (zogenoemde ctb-plichtige sectoren).² Die nadere regels zijn gesteld in de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 (Trm).³ Uit de Trm volgt tevens dat een geldig ctb op verschillende wijzen kan worden verkregen, namelijk door middel van een negatieve testuitslag die niet ouder is dan 24 uur, een voltooide vaccinatie of een herstelbewijs dat maximaal 180 dagen oud is.⁴

Op dit moment is een wetsvoorstel in procedure dat voorziet in de mogelijkheid om coronatoegangsbewijzen ook in te zetten in de niet-essentiële detailhandel en niet-essentiële dienstverlening op publieke plaatsen.⁵ Het voorliggende wetsvoorstel biedt de mogelijkheid om het ctb in sommige gevallen ook op de werkvloer en bij het bezoeken van bepaalde locaties in te zetten.⁶ Het onderscheidt daarbij verschillende situaties. In specifieke gevallen wordt een ctb voor werknemers verplicht, in andere gevallen voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid van een

² Artikel 58ra Wpg.

³ Paragraaf 6.11 Trm.

⁴ Artikel 58ra, tweede lid, Wpg en artikel 6.29 Trm. In de Stand van zakenbrief Covid-19 van 2 november 2021 kondigt de Minister van VWS aan de geldingsduur van een in Nederland uitgegeven herstelbewijs te zullen verlengen naar 365 dagen. Kamerstukken II 2021/22, 25 295, nr. 1468.

⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35 961, nrs. 1, 2 en 3.

⁶ Dit impliceert dat werknemers, zelfstandigen of vrijwilligers, onder omstandigheden kunnen worden verplicht een coronatoegangsbewijs te tonen. Hierna wordt kortheidshalve de term «werknemers» gebruikt, tenzij juist op het onderscheid tussen de verschillende groepen wordt ingegaan.

bevoegdheid voor werkgevers om onder bepaalde voorwaarden een ctb te vragen.

Het voorstel betreft in de eerste plaats de ctb-plichtige sectoren. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld omtrent de verplichte inzet van het ctb voor werknemers in de sectoren waar klanten en bezoekers op grond van de Twm reeds verplicht zijn een ctb te tonen om toegang te krijgen.⁷

In de tweede plaats kunnen bij ministeriële regeling werkgevers op andere terreinen in nader te specificeren gevallen de bevoegdheid krijgen om een ctb verplicht te stellen voor hun werknemers of zelfstandigen of vrijwilligers.⁸ Een dergelijke verplichting kan alleen worden opgelegd als aan twee voorwaarden is voldaan: er kan niet op andere wijze in een vergelijkbaar beschermingsniveau worden voorzien, en er is vooraf instemming verkregen van de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Nadere voorwaarden kunnen in de ministeriële regeling worden bepaald.

Anders dan in de ctb-plichtige sectoren kan dus niet rechtstreeks van overheidswege de verplichting voor werknemers tot het tonen van een ctb worden opgelegd. Het is in eerste instantie de werkgever die de mogelijkheid krijgt om een dergelijke verplichting in te stellen. Wanneer werkgevers hiervan te weinig gebruik maken, terwijl de inzet van het instrument naar het oordeel van de Minister – gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid – wel noodzakelijk is, dan kan alsnog worden besloten om de inzet van het ctb bij ministeriële regeling verplicht te stellen voor toegang tot de arbeidsplaats of gedeelten daarvan.⁹ De toelichting spreekt in dit verband van een «gelaagd systeem».¹⁰

Ten slotte kan bij ministeriële regeling worden bepaald dat beheerders van locaties het tonen van een ctb verplicht stellen voor bezoekers.¹¹ Dit kan bijvoorbeeld voor zorglocaties en penitentiaire inrichtingen gelden. Een aantal locaties is expliciet uitgezonderd, zoals stemlokalen of gerechtsgebouwen. Op zorglocaties hoeft een beheerder aan bezoekers geen ctb te vragen, al kan hij daartoe wel overgaan als dat noodzakelijk is voor een veilige werkomgeving voor werknemers en het welzijn van patiënten.¹² Voorts vermeldt de toelichting dat via voorwaarden in de ministeriële regeling zal worden geborgd dat het weigeren van de toegang tot een locatie wegens het niet-beschikken over een geldig ctb, niet onevenredig mag zijn.¹³

Wanneer geen ministeriële regels zijn gesteld over het tonen van coronatoegangsbewijzen, is het verboden om zo'n bewijs te vragen in verband met toegang tot activiteiten, voorzieningen of het verrichten van arbeid. Ondernemers, beheerders en werkgevers mogen hier dus niet uit zichzelf toe overgaan in situaties of sectoren die buiten de reikwijdte van de krachtens dit wetsvoorstel te stellen regels vallen.¹⁴

⁷ Voorgesteld artikel 58ra, achtste lid.

⁸ Voorgesteld artikel 58ra, negende lid.

⁹ Voorgesteld artikel 58ra, tiende lid.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.1.

¹¹ Voorgestelde leden 8, 9 en 11 van artikel 58ra Wpg.

¹² Memorie van toelichting, paragraaf 2.

¹³ Bijvoorbeeld voor bezoekers in een zorglocatie van een ernstig ziek familielid of ingeval van een penitentiaire inrichting het recht op toegang van een advocaat, memorie van toelichting, paragraaf 2.

¹⁴ Voorgesteld artikel 58ra, twaalfde en dertiende lid, Wpg.

2. Algemene beschouwing

Op dit moment kan het ctb slechts worden ingezet voor toegang tot of deelname aan een aantal niet-essentiële voorzieningen en activiteiten. Het onderhavige wetsvoorstel gaat een aanmerkelijke stap verder nu daarin mogelijk wordt gemaakt het ctb ook op de werkvloer in te zetten. Het verrichten van arbeid brengt rechten en verplichtingen met zich voor werkgevers en werknemers (en anderen die arbeid verrichten) in een juridische verhouding die aanmerkelijk verschilt van de situatie waarin gebruik wordt gemaakt van een niet-essentiële voorziening. Het wetsvoorstel is in die zin van een fundamenteel andere aard, nu het ziet op een zo essentiële activiteit als werk.

De Afdeling is niettemin van oordeel dat in de huidige situatie voldoende aanleiding kan worden gevonden om voor de inzet van het ctb op de werkvloer nu een wettelijke grondslag te creëren. In zeer korte tijd zijn de besmettingscijfers en de bezetting in ziekenhuizen, in het bijzonder op die van de IC's, sterk opgelopen. Aanvullende maatregelen blijken noodzakelijk om de epidemie te bestrijden en de beschikbaarheid van de zorg, zowel voor covid-patiënten als voor patiënten van andere zorg, te blijven waarborgen. Hoewel de effectiviteit van maatregelen in de gegeven situatie, onvermijdelijk, onzeker blijft, is voldoende aannemelijk dat inzet van ctb's op de werkvloer aan de bestrijding van het virus kan bijdragen. Uit het 128^{ste} OMT-advies, waarnaar in de toelichting wordt verwezen, blijkt dat het aantal besmettingen in werksituaties sinds de versoepelingen is toegenomen. In oktober 2021 vond 9% van de besmettingen waarvan bekend was waar ze zijn opgelopen, op het werk plaats.¹⁵

Bij deze afweging acht de Afdeling verder van belang dat naarmate de crisis langer duurt het steeds lastiger wordt om generieke maatregelen die mensen in hun vrijheid beperken, in stand te houden. Andere maatregelen dan de inzet van het ctb om het virus te bestrijden en de zorg te ontlasten, zijn nog verstrekkender. De Afdeling onderschrijft dan ook de toelichting waar gesteld wordt dat de inzet van het ctb, meer ingrijpende maatregelen (zoals een lockdown) kan voorkomen of – als zodanige maatregelen toch noodzakelijk zijn gebleken – kan betekenen dat bij een verbetering van de situatie eerder kan worden afgeschaald. In die zin kan een verruimde inzet van het ctb bijdragen aan het voorkomen of verminderen van de beperking van grond- en mensenrechten.¹⁶ Om die verruimde inzet mogelijk te maken moet nu een wettelijke grondslag worden gecreëerd. Vervolgens moet in een later stadium in het kader van de noodzakelijke ministeriële regeling op grond van de omstandigheden van dat moment worden gezien of daadwerkelijke inzet van dat middel noodzakelijk en proportioneel is.

De Afdeling erkent dat de inzet van het ctb op de werkvloer individuele rechten beperkt en in het bijzonder voor werknemers die niet gevaccineerd zijn, extra belastend is.¹⁷ Zij acht dat echter onder bepaalde voorwaarden aanvaardbaar. Daarbij geldt dat de beslissing om zich niet te laten vaccineren¹⁸ weliswaar gerespecteerd moet worden, maar tegelijkertijd niet geheel vrijblijvend is vanwege de gevolgen daarvan voor anderen en in het bijzonder ook voor de zorg. In de beoordeling van de proportionaliteit van het ctb mag dit element een rol spelen. Dat geldt te

¹⁵ Zie het 128^{ste} OMT-advies, Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 25 295, nr. 1468, p. 8; memorie van toelichting, paragraaf 1.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.1.

¹⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 4.

¹⁸ Voor sommigen is die beslissing bijvoorbeeld om medische redenen niet vrijwillig. In die zin is de positie van niet-gevaccineerden niet in alle gevallen hetzelfde.

meer omdat, zoals hiervoor gesteld, andere maatregelen die als alternatief voor het ctb kunnen worden overwogen, (ook) andere personen en belangen direct treffen. Voorts geldt dat ook in de uitvoering van het voorstel (zie ook hierna) de proportionaliteit een belangrijke rol speelt.

De regering heeft met waardering kennisgenomen van het advies van de Afdeling. De Afdeling is van oordeel dat in de huidige situatie voldoende aanleiding kan worden gevonden om voor de inzet van het ctb op de werkvloer nu een wettelijke grondslag te creëren. Ook wordt begrip getoond voor de grondrechtelijke afwegingen die in het wetsvoorstel zijn gemaakt. Niettemin uit de Afdeling kritiek op een belangrijk onderdeel van het voorgelegde wetsvoorstel. De regering is gevoelig voor die kritiek en volgt de Afdeling volledig, zoals hierna zal blijken onder punt 3. Ook aan alle andere opmerkingen van de Afdeling is gevolg gegeven.

3. Het eisen van een ctb van de werknemer

Het nieuwe artikel 58ra, negende lid, Wpg geeft de mogelijkheid om bij ministeriële regeling regels te stellen waarmee het voor groepen van werkgevers onder voorwaarden mogelijk wordt gemaakt om van de werknemer een ctb te verlangen. Het voorgestelde tiende lid maakt het vervolgens mogelijk dat bij ministeriële regeling wordt bepaald dat indien de toepassing van deze mogelijkheid, bedoeld in het negende lid, achterblijft ten opzichte van wat gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is, deze werkgevers verplicht kunnen worden van de werknemer een ctb te verlangen.

De Afdeling wijst erop dat de opzet van de regeling verschillende complicaties meebrengt, waardoor de effectiviteit van de regeling moet worden betwijfeld.

a. Mogelijkheid voor de werkgever

De werkgever is op grond van de Arbeidsomstandighedenwet verplicht om te zorgen voor een gezonde en veilige werkomgeving. In het tijdelijke artikel 3.2a van het Arbeidsomstandighedenbesluit zijn aan de werkgever aanvullende eisen gesteld in verband met de bestrijding van de covid-19-epidemie. Dit artikel bepaalt dat de werkgever, ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting van werknemers en derden op arbeidsplaatsen met het virus, gelet op hoofdstuk Va van de Wet publieke gezondheid alsmede de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening, tijdig de daarvoor noodzakelijke maatregelen en voorzieningen treft.

De werkgever is in principe vrij in de aard van de te treffen maatregelen om te zorgen voor een gezonde en veilige werkomgeving en, meer in het bijzonder, ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting van werknemers en derden op arbeidsplaatsen met het virus. Daarbij is uitgangspunt in de Arbeidsomstandighedenwet, zoals dit in artikel 3 van die wet tot uitdrukking komt, dat de werkgever, behoudens specifieke resultaatsverplichtingen, in het algemeen niet tot méér kan worden gehouden dan wat – kort gezegd – redelijkerwijs kan worden gevergd.

Ook op grond van het Burgerlijk Wetboek heeft de werkgever ten opzichte van zijn werknemers deze verplichting en kan hij bij gebrekkige nakoming daarvan civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld.¹⁹ De keuze van de te treffen maatregelen zal vaak afhangen van de aard van de werkzaamheden en omstandigheden waaronder deze worden verricht. Daarbij zal

¹⁹ Artikel 7:658 Burgerlijk Wetboek.

de werkgever echter ook verschillende andere relevante aspecten in ogenschouw moeten nemen, zoals de samenstelling van het werknemers- en het klantenbestand.

Een werkgever zal op grond van het voorstel alleen een verplichting als bedoeld in het negende lid kunnen invoeren indien hij alle overige mogelijkheden redelijkerwijs heeft benut én aangetoond kan worden dat alleen met de invoering van het vereiste van een ctb een beter beschermingsniveau zal kunnen worden bereikt. Daarmee is een aanzienlijke drempel opgeworpen voor de werkgever om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Uit de toelichting wordt bovendien niet duidelijk hoe de werkgever deze afweging dient te maken en op welke wijze de werkgever aantoont dat aan de voorwaarden is voldaan. Daarbij is ook van belang dat duidelijk is welke overwegingen de werkgever daarbij wel en niet in de afweging mag of moet betrekken.

De Afdeling wijst in dit verband op de mogelijke discrepantie tussen de algemene doelstellingen van het volksgezondheidsbeleid en de verantwoordelijkheid van de werkgever voor een veilige werksituatie. In de Arbeidsomstandighedenwet wordt de objectiviteit van het beleid van de werkgever bevorderd door verplichte inventarisatie en evaluatie van risico's en de bijstand van deskundige werknemers.²⁰ Voorts is de werkgever verplicht met het medezeggenschapsorgaan te overleggen over het arbeidsomstandighedenbeleid en de uitvoering daarvan.

Deze opzet leidt in de praktijk tot diversiteit in de wijze waarop aan de uit de Arbeidsomstandighedenwet voortvloeiende verplichtingen uitvoering wordt gegeven. Het voorstel leidt naar verwachting tot een sterke toename van de diversiteit. Immers, op de voet van artikel 58e Wpg is vérgaande differentiatie mogelijk²¹ bij de instelling van een ctb-vereiste voor werknemers. De werkgever zal vervolgens moeten besluiten om gebruik te maken van de mogelijkheid om een ctb van werknemers te eisen. Die mogelijkheid heeft hij echter alleen indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Niet alleen zal hij moeten aantonen dat hij alle overige mogelijkheden redelijkerwijs heeft benut én dat alleen met de invoering van het vereiste van een ctb een beter beschermingsniveau zal kunnen worden bereikt.

Het gevolg is dat wat betreft het ctb-vereiste op de werkvloer grote variëteit tussen ondernemingen zal ontstaan en een zeer onoverzichtelijke lappendeken zal resulteren. In de praktijk kan dat tot complicaties leiden.²² De grote diversiteit zal ook het toezicht en de handhaving, die toch al problematisch is, ingewikkelder maken.²³

Verder merkt de Afdeling op dat ook het vereiste dat de werkgever voorafgaande instemming heeft van de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging voordat hij kan besluiten tot invoering van het ctb-vereiste, complicaties meebrengt. Terwijl in het kader van de Arbwet reeds overleg met de ondernemingsraad is voorgeschreven over het arbeidsomstandighedenbeleid, past het minder goed in het systeem om invoering van een maatregel die noodzakelijk is ter bevordering van de veiligheid en gezondheid afhankelijk te maken van de instemming van

²⁰ Artikel 5 Arbeidsomstandighedenwet.

²¹ Zie ook de voorgestelde verruiming om te differentiëren op grond van artikel 58e Wpg in onderdeel B van het voorstel.

²² Werknemers zijn niet alleen op de arbeidsplaats van de eigen werkgever actief, maar ook op de arbeidsplaatsen van andere werkgevers.

²³ Zie onder andere het 129^{ste} OMT-advies, Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 25 295, nr. 1519, p. 6.

de ondernemingsraad. Daarnaast moet het belang worden onderkend om snel te kunnen handelen indien dit noodzakelijk is, gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid. Dat zal op grond van het voorstel in veel gevallen vermoedelijk niet zijn gewaarborgd.

De Afdeling merkt voorts op dat de werkgever, als gevolg van de voorgestelde constructie waarin de verantwoordelijkheid in beginsel geheel bij de werkgever wordt gelegd, tussen (groepen) gevaccineerde werknemers en (groepen) niet-gevaccineerde werknemers kan komen te staan. Doordat niet de wetgever zelf beslist, komt de werkgever dan snel in een positie waarin hij partij zal moeten kiezen. Daarbij moet de krappe arbeidsmarkt van dit moment in ogenschouw worden genomen: veel werkgevers hebben nijpende personeelstekorten en kunnen zich dergelijke conflicten met en tussen (groepen) werknemers vaak niet permitteren. Vooral voor kleine werkgevers kan dit problematisch zijn.

De omstandigheid dat de werkgever ingevolge artikel 58ra, negende lid, onder b, Wpg instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging behoeft, doet aan deze conflicten niet af en kan ze zelfs versterken. Ook de veiligheidsregio's wijzen op deze problematiek en uiten zorgen over de mogelijke verstoring van de verhoudingen tussen de werkgever en werknemers, onder meer in verband met de continuïteit van de bedrijfsvoering.²⁴ Tegen deze achtergrond had het volgens de Afdeling temeer voor de hand gelegen dat het voorstel ook ter consultatie aan sociale partners zou zijn voorgelegd. Om de voorgestelde (vrijwillige) regeling te kunnen laten functioneren is draagvlak bij werkgevers en werknemers noodzakelijk.²⁵

Tot slot merkt de Afdeling op dat de toelichting vermeldt dat de werkgever in dit verband de gelegenheid wordt geboden een balans te vinden tussen botsende belangen.²⁶ Dit lijkt te impliceren dat de werkgever afwegingen zal kunnen maken, waarbij ook niet-epidemiologische overwegingen een rol kunnen spelen. Gelet op de mogelijke spanning tussen het belang van de volksgezondheid in de gegeven situatie en de bestaande verplichtingen van de werkgever die volgen uit de arbeidsomstandighedenwetgeving, komt de werkgever in een moeilijke positie. De Afdeling acht dat ongewenst.

De Afdeling concludeert dat de voorgestelde constructie die in beginsel uitgaat van alleen een bevoegdheid voor de werkgever, veel complicaties kent, conflictopwekkende gevolgen kan hebben, werkgevers in een lastige positie kan brengen en zelfs in de weg kan staan aan de handhaving van de veiligheid op de werkplaats. Dit roept vragen op over de te verwachten effectiviteit van de regeling.

b. Verplichting voor de werkgever

Het voorgestelde artikel 58ra, tiende lid, Wpg maakt het mogelijk dat bij ministeriële regeling wordt bepaald dat indien de toepassing van de mogelijkheid, bedoeld in het negende lid, achterblijft ten opzichte van wat gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is, de werkgevers verplicht kunnen worden van de werknemer een ctb te verlangen.

²⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 8.7.

²⁵ Betwijfeld moet worden of dat draagvlak er is. Zie bijvoorbeeld FD 16 november 2021, Hugo de Jonge maakt haast met nieuwe coronawetten (fd.nl).

²⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.1., onderdeel «Mogelijkheid van de werkgever».

De tekst van het voorgestelde tiende lid leidt ertoe dat niet alleen de epidemiologische omstandigheden bepalend zijn voor het opleggen van de verplichting, maar ook dat moet worden beargumenteerd dat de toepassing van de vrijwillige regeling is achtergebleven ten opzichte van wat gelet op de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid noodzakelijk is. Dit kan, mede in het licht van de hiervoor genoemde complicaties bij de toepassing van de vrijwillige regeling, leiden tot complicaties bij de toepassing van deze regeling, hetgeen de snelheid niet ten goede komt. Dit kan worden vermeden door de toepassing van het tiende lid uitsluitend afhankelijk te maken van de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid, en daarbij niet (een oordeel over) de toepassing van het negende lid te betrekken.

c. Alternatief

Hiervoor heeft de Afdeling uiteengezet dat de voorgestelde regeling conflictopwekkende gevolgen kan hebben en werkgevers met het bieden van de mogelijkheid ctb op het werk in te voeren, in een lastige positie brengt. Bij het ontbreken van overeenstemming tussen werkgevers en werknemers zal, alleen al gegeven het instemmingsvereiste van de medezeggenschap, niet snel worden besloten om gebruik te maken van de geboden mogelijkheid. Dat kan afbreuk doen aan de effectiviteit van de maatregel.

Gelet hierop acht de Afdeling het aangewezen dat de wetgever zelf keuzes maakt. Dat betekent dat uitgangspunt van een regeling zou moeten zijn dat wanneer voldoende vast komt te staan dat gegeven de ernst van de bedreiging van de volksgezondheid de invoering van een verplicht ctb voor werknemers en belangrijke bijdrage kan leveren²⁷, deze verplichting van overheidswege kan worden ingevoerd.

De Afdeling realiseert zich dat met een eventueel door de overheid opgelegde verplichting in de arbeidsverhouding wordt ingegrepen, maar merkt op dat het volksgezondheidsbelang dit – mits de noodzaak en proportionaliteit van zo'n ingreep aannemelijk zijn – onder omstandigheden kan vergen. Omdat tegelijkertijd onderkend moet worden dat er veel situaties zijn waarin een werkgever op andere wijze een vergelijkbaar beschermingsniveau kan bereiken, ligt het daarbij wel in de rede dat de werkgever die mogelijkheid dan ook wordt geboden.²⁸ Het is daarbij dan gewenst voor de toepassing daarvan duidelijke criteria te formuleren. Het uitgangspunt is dan echter wel invoering van een ctb. De dialoog tussen werkgever en werknemers komt daarmee in een rustiger vaarwater. Ook het toezicht en de handhaving zullen dan eenvoudiger zijn.

Daarbij zal bij de toepassing van de mogelijkheden van differentiatie²⁹ voorts een balans moeten worden gevonden tussen het belang dat een ctb-verplichting op het werk alleen zal gelden wanneer zulks noodzakelijk en proportioneel is, en het belang van duidelijkheid en uitvoerbaarheid. In die afweging is van belang te onderkennen dat proportionaliteit in belangrijke mate wordt gediend met de mogelijkheid van de werkgever om op andere wijze tot een vergelijkbaar beschermingsniveau te komen.

²⁷ Uit de memorie van toelichting, paragraaf 2, blijkt zulks vooralsnog onvoldoende. Er wordt immers slechts opgemerkt dat tegen invoering geen bezwaar bestaat.

²⁸ Een vergelijkbare systematiek is gehanteerd bij het wetsvoorstel Tijdelijke wet differentiatie coronatoegangsbewijzen (W13.21.0343/III), waarover de Afdeling vandaag eveneens advies uitbrengt. In dat wetsvoorstel worden ondernemers van aangewezen hoogrisico-omgevingen verplicht tot 2G-ctb, tenzij zij dusdanige maatregelen (kunnen) treffen waarmee een vergelijkbaar beschermingsniveau kan worden bereikt met 3G-ctb.

²⁹ Artikel 58e Wpg.

In deze opzet wordt afgezien van het «gelaagde» stelsel. Daarmee wordt een vereenvoudiging bereikt.

Ook moet daarbij worden meegewogen dat het dertiende lid (nieuw) meebrengt, dat werkgevers die niet onder de verplichting vallen, er dan ook niet voor kunnen kiezen een ctb-vereiste te hanteren. In deze benadering past ook dat beperkt gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden tot differentiatie en dat proportionaliteit met name wordt bereikt door de alternatieven voor werkgevers om een vergelijkbaar beschermingsniveau op andere wijze te bewerkstelligen.

d. Conclusie

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling de opzet van het voorgestelde artikel 58ra, negende en tiende lid, Wpg nader te bezien met inachtneming van het voorgaande en zo nodig het voorstel aan te passen.

De bezwaren die de Afdeling schetst hebben de regering ervan overtuigd om het wetsvoorstel aldus aan te passen dat de mogelijkheid tot facultatieve inzet van het ctb is komen te vervallen. Indien vanuit epidemiologisch oogpunt inzet van het ctb op een bepaald terrein noodzakelijk is, zal – conform het aangepaste wetsvoorstel – daartoe steeds van overheidswege bij ministeriële regeling een verplichting worden ingevoerd. Dit geldt dan dus ook voor terreinen buiten de ctb-plichtige sectoren. Verder gevolg gevend aan het advies van de Afdeling is geregeld dat als het ctb wordt ingezet op terreinen buiten de ctb-plichtige sectoren, in de ministeriële regeling zal worden bepaald dat het beschikken over een ctb niet verplicht wordt gesteld in de gevallen waarin de werkgever of degene die bevoegd is tot het toelaten van personen tot de betreffende plaats op een andere, in de ministeriële regeling bepaalde wijze zorgdraagt voor een beschermingsniveau dat vergelijkbaar is met het beschikken over een ctb. Hierbij is de bedoeling om op deze manier te voorzien in meer uniformiteit in de toepassing van de regeling en daarmee ook meer rechtszekerheid voor de praktijk. Ook ontstaat hiermee meer balans in de toepassing en de effecten van de maatregelen. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting (met name paragraaf 1) zijn op dit punt aangepast.

4. Personele reikwijdte

Het voorgestelde artikel 58ra, achtste lid, Wpg introduceert de verplichte inzet van het ctb voor werknemers, zelfstandigen en vrijwilligers in de sectoren waar klanten en bezoekers op grond van de Twm reeds verplicht zijn een ctb te tonen om toegang te krijgen.³⁰ De voorgestelde verplichting knoopt primair aan bij de verhouding tussen een werkgever (of opdrachtgever) en de werknemers (met inbegrip van vrijwilligers en zelfstandigen).³¹ Blijkens de artikelsgewijze toelichting is de eigenlijke bedoeling van de verplichting om tot een bredere benadering te komen, waarbij alle werkenden die op de desbetreffende arbeidsplaats actief zijn, onder de verplichting kunnen worden gebracht.

De voorgestelde opzet leidt evenwel tot onduidelijkheden, nu het werkgeverschap en de arbeidsrelatie bepalend zijn. Zo is niet duidelijk of de verplichting ook zal gelden voor de werkgever (of opdrachtgever) zelf. Dit is eveneens onduidelijk voor bijvoorbeeld een stagiair. Ook is niet duidelijk wat de bedoeling is bij partijen die niet in een rechtstreekse arbeids- of opdrachtrelatie staan tot de werkgever of opdrachtgever. Te

³⁰ Voorgesteld artikel 58ra, achtste lid.

³¹ Voorgesteld artikel 58a, eerste lid, Wpg.

denken valt aan leveranciers, pakketbezorgers en dergelijke. Tegen deze achtergrond ligt het wellicht meer voor de hand om de verplichting in het kader van het achtste lid te laten gelden voor een ieder die in het kader van beroep of bedrijf, dan wel als vrijwilliger op de desbetreffende plaats aanwezig is.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan en zo nodig het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

In lijn met de opmerking van de Afdeling is de personele reikwijdte van het voorgestelde achtste (en negende) lid verbreed. Hoewel de medewerkend ondernemer en stagiair al onder de oorspronkelijke omschrijving van het begrip «zelfstandige» onderscheidenlijk «werknemer» vielen, is nu geëxpliciteerd dat iedereen die beroeps- of bedrijfsmatig of als vrijwilliger op de arbeidsplaats aanwezig is onder de reikwijdte van het achtste en negende lid valt. Dat kan dus inderdaad ook de leverancier zijn die toegang tot de arbeidsplaats wenst. Dit heeft tevens geleid tot toevoeging van een wettelijke uitzonderingsgrond voor de opsporingsambtenaar, brandweermedewerker, ambulancemedewerker, toezichthouder, advocaat, rechterlijk ambtenaar of persoon die werkzaam is bij de krijgsmacht, doch uitsluitend voor zover toegang tot een plaats (niet zijnde de normale arbeidsplaats) voor hem noodzakelijk is bij de uitoefening van zijn functie of vervulling van zijn taak. Eenzelfde uitzondering geldt voor een persoon bij het bieden van eerste hulp bij een het leven of de gezondheid bedreigende situatie.

Een andere explicitering die is doorgevoerd, betreft het volgende. Als het ctb wordt ingezet op de arbeidsplaats, kan door de aanpassing van artikel 58rd, tweede lid, Wpg in de ministeriële regeling worden bepaald dat de werkgever degene is die het ctb controleert en bij gebreke van een ctb de toegang tot de arbeidsplaats ontzegt.

5. Ctb in de zorg

a. Proportionaliteitsafweging

Blijkens de toelichting ziet de regering geen reden om de zorg als aparte categorie uit te zonderen van het voorstel.³² De toelichting bij het voorstel gaat wel in op de gevolgen van het gebruiken van het ctb in de zorg. Zo blijft artikel 58o Wpg onverkort gelden. Dit betekent onder meer dat de Minister bij ministeriële regeling voorwaarden kan stellen aan de toegang tot de zorglocatie, als de maatregelen van de zorgaanbieder onvoldoende zijn. Daarbij geldt een proportionaliteitsafweging dat geen beperkingen worden opgelegd als het belang van de volksgezondheid niet opweegt tegen de belangen van de cliënten en patiënten bij die toegang.³³

De Afdeling wijst er op dat de proportionaliteitsafweging van de Minister noch in voorliggend voorstel, noch in de toelichting is geëxpliciteerd. Als de zorg wordt aangewezen als sector, ligt het in de rede dat deze afweging wel wordt gemaakt door de Minister, dan wel de zorginstelling.³⁴ Daarbij

³² Memorie van toelichting, paragraaf 2. Het OMT had geadviseerd om het ctb niet in te voeren in de zorg, omdat het niet duidelijk is of het ctb meerwaarde heeft voor de gezondheid van kwetsbare patiënten; besmetting voorkomen kan worden door het dragen van een mondkapje en het houden van 1,5 meter afstand; en bovendien toepassing van het ctb bij ongevaccineerde medewerkers tot demotivatie en mogelijk vertrek uit de zorg zou kunnen leiden, terwijl continuïteit van de zorg van groot belang is (128ste OMT-advies, Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 25 295, nr. 1468, p. 9.)

³³ Voorgesteld artikel 58o, vierde lid, Wpg.

³⁴ Ook kan de zorginstelling eisen stellen aan bezoekers op grond van voorgesteld artikel 58r, elfde lid, Wpg.

neemt de Afdeling in overweging dat werkzaamheden in de zorg wezenlijk anders zijn dan bijvoorbeeld werkzaamheden in de industrie. Het ctb voor bezoekers in de zorg is daarmee niet slechts een vereiste voor toegang tot een werkomgeving, maar wordt feitelijk een vereiste voor toegang tot de huiselijke sfeer van de patiënt of cliënt. Dit klemmt temeer bij zorglocaties waar mensen langdurig verblijven. Contact met naasten is immers van groot belang.³⁵

De Afdeling adviseert hier in de toelichting op in te gaan, en zo nodig het voorstel aan te vullen.

Aan deze opmerking van de Afdeling is gevolg gegeven door de specifieke toelichting op de eventuele inzet van het ctb bij zorglocaties in paragraaf 2 van de memorie van toelichting aan te vullen. Als na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel aanleiding wordt gezien voor het stellen van regels over de inzet van het ctb voor het verkrijgen van toegang tot een zorglocatie, dient de door de Afdeling genoemde proportionaliteitsafweging eveneens te worden gemaakt. Dit is verduidelijkt in de memorie van toelichting.

b. Uitzonderingen op beperkingen

Daarnaast geldt op grond van artikel 58o een aantal uitzonderingen op de beperkingen voor bewoners van zorginstellingen en hun bezoekers. Deze gelden voor toegang van ten minste één familielid of naaste; toegang tot een bewoner die op korte termijn zal overlijden; toegang in verband met het horen van een cliënt of betrokkene; en toegang van advocaten, cliënten- en patiëntenvertrouwenspersonen.³⁶ Volgens de toelichting zullen soortgelijke uitzonderingen ook gelden bij het eventueel vaststellen van de ministeriële regeling voor het mogelijk maken van het ctb in de zorg.³⁷

De Afdeling overweegt dat de in artikel 58o genoemde uitzonderingen van groot belang zijn. Bezoek van ten minste één familielid of naaste draagt bij aan de kwaliteit van leven van mensen. Bezoek van familie en naasten als de bewoner naar verwachting snel zal overlijden is bovendien van grote waarde om tijd met elkaar te kunnen doorbrengen en afscheid te kunnen nemen.³⁸ Daarnaast wordt met deze uitzonderingen zeker gesteld dat cliënten en betrokkenen altijd toegang hebben tot hun advocaten, cliënten- of patiëntenvertrouwenspersonen.

Het ligt daarom in de rede dezelfde uitzonderingen op het niveau van de wet te regelen, mocht de zorg als sector worden aangewezen waarbinnen inzet van het ctb mogelijk wordt gemaakt voor werkgevers.

De Afdeling adviseert het voorstel in deze zin aan te passen.

Ook aan deze opmerking van de Afdeling is gevolg gegeven. Het voorgestelde elfde lid is aldus aangepast dat de uitzonderingen, genoemd in artikel 58o, vijfde lid, Wpg, hierin nu zijn opgenomen. Hiermee is wettelijk geborgd dat in die gevallen inzet van het ctb niet mogelijk is.

³⁵ Vergelijk hier Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 3 (MvT), artikelsgewijze toelichting, artikel 58o, derde lid, Wpg.

³⁶ Artikel 58o, vijfde lid, Wpg.

³⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.

³⁸ Zie hier Kamerstukken II 2019/20, 35 526, nr. 3 (MvT), artikelsgewijze toelichting, artikel 58o, vierde lid, Wpg.

6. Verheldering verplichting artikel 58ra, achtste lid

In het voorgestelde artikel 58ra, achtste lid, Wpg wordt de formulering gehanteerd dat regels kunnen worden gesteld «met betrekking tot het beschikken over een daarbij te bepalen resultaat».³⁹ De Afdeling onderkent dat deze formulering ook in andere bepalingen over de inzet van het ctb wordt gehanteerd. Desalniettemin is met deze formulering niet zonneklaar dat sprake is van een verplichting.

De Afdeling acht het, mede gelet op het grote belang van het onderhavige voorstel, noodzakelijk dat die duidelijkheid in de wettekst zélf wordt geboden.

Conform deze opmerking van de Afdeling is zowel in de tekst van het voorgestelde achtste lid als in die van het eerste en voorgestelde negende lid, verduidelijkt dat het hier om een verplichting gaat.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Naar het oordeel van de regering volgt uit het voorgaande dat alle door de Afdeling gegeven overwegingen zijn opgevolgd, dat haar alternatieve voorstel is overgenomen en dat aldus de door haar geuite bezwaren bij het voorstel zijn weggenomen. Ik moge U, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
H.M. de Jonge

³⁹ Voorgesteld artikel 58ra, achtste lid, Wpg.